

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Daniel Francisco Rojas Vargas

v.

GeroCa Smart Business S.L, Smart Business Colombia S.A., Sergio Rojas Vargas y Carmen Teresa Zapata Barrera

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **DANIEL FRANCISCO ROJAS VARGAS**, por una parte, y GeroCa Smart Business S.L, Smart Business Colombia S.A., Sergio Rojas Vargas y Carmen Teresa Zapata Barrera, por la otra, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

EL PACTO ARBITRAL:

El Pacto Arbitral se encuentra consignado en forma de cláusula compromisoria insertada en los estatutos de la sociedad Smart Business Colombia S.A. Dice el artículo septuagésimo tercero de los mencionados estatutos:

“ARTÍCULO SEPTUAGÉSIMO TERCERO – ARBITRAMENTO: Las diferencias que ocurran en cualquier tiempo, inclusive en el período de liquidación, entre los accionistas o entre uno o varios de ellos y la sociedad con motivo del contrato social y que no puedan ser solucionadas amigablemente entre las partes, serán decididas por un árbitro designado por la Cámara de Comercio Bogotá de la lista de árbitros de esta institución y quien decidirá en derecho. La designación deberá hacerse dentro de los quince (15) días siguientes a que una de las partes comunique a la otra y por escrito sus pretensiones indicando las diferencias materia del arbitramento.”

Convocatoria y demanda. Daniel Francisco Rojas Vargas solicitó la convocatoria del Tribunal y formuló demanda con el propósito de obtener las declaraciones de condenas a las cuales se refiere la demanda.

La convocatoria al Tribunal se formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Árbitros. Mediante sorteo público fue designada como árbitro único la doctora Natalia Moreno Prieto, quien aceptó su designación.

Naturaleza del arbitraje y trámite elegido por las partes. Desde el inicio del presente arbitraje el Tribunal advirtió que, por razón del domicilio de las partes al momento de celebrar el pacto arbitral, el presente es un arbitraje internacional que fue iniciado conforme al procedimiento señalado por la Ley para arbitrajes domésticos. No obstante lo anterior, mediante comunicaciones de fechas 11 y 13 de mayo de 2016, las partes subsanaron el procedimiento adelantado hasta ese punto y manifestaron su conformidad con el hecho de que el arbitraje se surtiera conforme al procedimiento de arbitraje nacional, contenido en la Ley 1563 de 2012, Ley 1564 de 2012 y demás normas concordantes.

Inadmisión de la demanda. El 25 de mayo de 2016, el Tribunal inadmitió la demanda y concedió a la parte activa un término de 15 días para subsanar los defectos advertidos. El demandante subsanó dichos defectos dentro del término correspondiente.

Admisión de la demanda y vinculación de la sociedad Smart Business Colombia S.A. el 15 de junio de 2016 fue admitida la demanda, habiéndose dispuesto la notificación personal de la parte convocada.

Así mismo, se ordenó integrar el contradictorio mediante la vinculación de la sociedad Smart Business Colombia S.A. en calidad de demandada. Notificada la parte demandada, la demanda fue contestada

oportunamente por los convocados, quienes se opusieron a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Junto con la mencionada contestación de la demanda, la parte convocada formuló excepciones de mérito de las cuales se corrió el traslado correspondiente. Dentro del término de traslado de las excepciones, la parte convocante aportó pruebas adicionales.

Las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio en el marco de la audiencia de conciliación, la cual se extendió durante dos sesiones.

Al finalizar la audiencia de conciliación por imposibilidad de acuerdo, el 28 de noviembre de 2016 se fijó el monto de honorarios, expensas y gastos, con los cuales las partes debían contribuir con el trámite del proceso.

Dentro del término para consignar las partidas señaladas, y en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal, la parte convocante consignó el 50% de los honorarios y gastos de funcionamiento del proceso. La parte convocada no hizo el pago dentro del término fijado por el Tribunal, razón por la cual la convocante pagó el 50% correspondiente a su contraparte.

No obstante, con posterioridad al vencimiento del término para consignar los honorarios y gastos, la parte demandada consignó la porción de los gastos que le correspondía conforme a la fijación de honorarios y gastos hecha por el Tribunal, razón por la cual este último, previa aprobación por parte de los apoderados de las partes, devolvió a la demandada el 50% consignado de más.

El 2 de febrero de 2017 se celebró la primera audiencia de trámite, el Tribunal se declaró competente, y se decretaron las pruebas en el proceso.

A su turno, la audiencia de alegatos se celebró el día 12 de julio de 2017, con intervención de las partes. Al finalizar la audiencia de alegatos, las partes suspendieron el proceso desde el 13 de julio y hasta el 18 de julio, ambas fechas inclusive.

Medidas cautelares. El 14 de diciembre de 2016, el Tribunal decretó la siguiente medida cautelar innominada: *“prohibición de tomar decisiones de Asamblea de Accionistas extraordinaria o de Junta Directiva de la sociedad Smart Business Colombia S.A. identificada con NIT 900224255 - 8, en torno a lo que está siendo discutido en el proceso, esto es: reparto de dividendos (o cualquier decisión sobre dividendos), capitalizaciones, préstamos a socios, giro de dineros al exterior sin fundamentos relacionados con el giro de los negocios, entre otros, a menos que tal decisión cuente con la aprobación del 100% de las acciones en que se divide el capital social. Esta medida no cobija las decisiones que deben tomarse en el marco de la asamblea ordinaria de accionistas.”*

El apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición contra la decisión del Tribunal, recurso que fue despachado desfavorablemente por este último.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Concluye el Tribunal que se reúnen los presupuestos procesales para tomar una decisión de fondo. En efecto, está acreditada la existencia y representación legal de las personas jurídicas vinculada al proceso. Las partes en litigio actuaron por conducto de apoderados debidamente reconocidos, la demanda fue presentada en legal forma y el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho.

OPORTUNIDAD DEL LAUDO

Al no haber sido señalado por las partes el término legal para resolver es de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 1563 de 2012.

Dado que la primera audiencia de trámite se llevó a cabo el día 2 de febrero de 2017, el término para fallar vencería el 2 de agosto de 2015. Sin embargo, teniendo en cuenta que las partes suspendieron el proceso por el término de seis (6) días, el término para fallar vence el 8 de agosto de 2017, de donde

se concluye que, a la fecha, el Tribunal se encuentra en tiempo para proferir el presente **LAUDO ARBITRAL**.

LA DEMANDA

Al subsanar la demanda, Daniel Francisco Rojas solicitó que el Tribunal hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

"1. DECLARE que EL DEMANDADO tiene un vínculo con la sociedad por tratarse de un accionista y que por lo tanto puede ejercer sus derechos como tal. Al igual que cuenta con un 9.99% representados en 2.997 acciones.

2. DECLARE que la señora Carmen Teresa Zapata Barrera y el señor Sergio Rojas Vargas, pese a tener un 0.02% cada uno de la sociedad, ostentan el control de la misma por ser los únicos accionistas de la sociedad española GEROCA SMART BUSINESS SL quien a su vez tiene el 90% de las acciones de la sociedad SMART BUSINESS COLOMBIA S.A.

3. DECLARE que las decisiones tomadas por los accionistas controlantes han sido en perjuicio de los accionistas minoritarios, especialmente a EL DEMANDANTE Daniel Rojas Vargas.

4. DECLARE que la capitalización que se hizo a la compañía en el 2009 no cumplió con los requisitos legales y por lo tanto la declare nula y se retrotraigan sus efectos.

5. Si no prospera la pretensión anterior solicito se CONDENE a LOS DEMANDADOS a aceptar que los dineros girados por EL DEMANDANTE entre junio y diciembre del 2009, ingresaron como capitalización y no como deuda a socios, de acuerdo a los registros contables de la sociedad y a las manifestaciones verbales y escritas realizadas por las partes y administradores de la sociedad. Por lo tanto, el porcentaje accionario de EL DEMANDANTE continua siendo el 9.99%, hecho que deberá ser registrado por la sociedad SMART BUSINESS COLOMBIA S.A.

6. DECLARE que al no permitir que EL DEMANDANTE realizara su capitalización en el momento, fue un acto arbitrario realizado por los socios controlantes, tendiente a reducir en un 4.64% la participación accionaria del socio Daniel Rojas Vargas.

7. DECLARE que el hecho de no repartir los dividendos de la sociedad ha sido arbitrario y sin ningún fundamento real. Lo cual no ha traído beneficios a la sociedad y si perjuicios para los socios minoritarios especialmente Daniel Rojas Vargas.

8. *DECLARE que la sociedad Smart Business Colombia S.A. reconozca los dividendos generados por el porcentaje reducido arbitrariamente por los accionistas controlantes a EL DEMANDADO hasta el 2015, así mismo, que se permita la capitalización de los recursos entregados por el señor Daniel Rojas Vargas para restaurar su participación accionaria original.*

9. *CONDENE a los socios controlantes a que permitan realizar el reparto de utilidades retenidas y que estas efectivamente sean pagadas, mas unos intereses de 5% efectivo anual por la tasa de oportunidad que dejo de percibir EL DEMANDANTE.*

10. *DECLARE que la oferta de venta de acciones presentada por el socio Daniel Rojas Vargas es completamente valida, al igual que la oferta de compra presentada por la socia Olga Lucia Vargas de Rojas.*

11. *DECLARE que la compra-venta de las acciones es totalmente valida y se obligue al Representante Legal de la compañía a realizar la inscripción en libros del cambiío accionario.*

12. *DECLARE que la compra-venta corresponde a la totalidad de las acciones del socio Daniel Rojas Vargas y que el valor estipulado por los intervinientes en dicho acto, corresponde a una negociación entre las partes, la cual no fue controvertida por los demás accionistas en concordancia con lo establecido en los estatutos y la ley.*

13. *DECLARE que la dilatación en la negociación, ha generado una perdida en las futuras inversiones que el accionista Daniel Rojas, al igual que un perjuicio directo en cuanto a su trabajo.*

14. *DECLARE que existe una deuda a socios a favor de EL DEMANDANTE, reconocida en el acta de la asamblea de accionistas 009. Actualmente el saldo de la Deuda es de \$4'014.671, de acuerdo a los abonos que registraron previamente como préstamo socio menos el pago previamente efectuado de \$1'523.511 da un total de \$2'491.160. Por lo tanto se exija el pago del dinero adeudado,*

15. *DECLARE que el contrato de prestación de servicios técnicos firmado entre el socio mayoritario y la sociedad no cumple con los requisitos legales y por lo tanto este debe ser nulo. Adicionalmente se DECLARE que este contrato ha sido medio para enviar dinero al extranjero, en perjuicio de los accionistas minoritarios, especialmente EL DEMANDADO.*

16. *CONDENE a LOS DEMANDADOS a pagar a favor de EL DEMANDANTE señor DANIEL ROJAS VARGAS la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS VEINTITRÉS MIL TRECIENTOS VEINTE SIETE PESOS (\$49.723.327) correspondientes a los dividendos de ejercicios anteriores no repartidos. Mas la indexación correspondiente.*

Sin perjuicio de los dividendos que se deban repartir como utilidades del 2015 y la indexación correspondiente.

17.CONDENE a LOS DEMANDADOS a pagar a favor de EL DEMANDANTE señor DANIEL ROJAS VARGAS la suma de CUATRO MILLONES CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$4.014.671) correspondientes al préstamo realizado por EL DEMANDANTE a la sociedad, y que los socios controlantes no han permitido que sea pagado. Mas la indexación correspondiente.

18.CONDENE a LOS DEMANDADOS a pagar a favor de EL DEMANDANTE señor DANIEL ROJAS VARGAS, Según el ARTICULO 137 LEY 446 DE 1998: a manera de indemnización en razón a los perjuicios causados, por la suma de DIEZ Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS VEINTISEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS (\$19.326.630), equivalentes a los ingresos mensuales que EL DEMANDANTE ha dejado de recibir durante 6 meses, por los danos y perjuicios generados en su contra, especialmente relacionados con la pérdida de oportunidades laborales y de negocios por el hecho de estar vinculado como socio de Smart Business Colombia S.A."

La convocante respalda sus pretensiones en hechos que se sintetizan a continuación:

Que Daniel Rojas ha sido accionista de Smart Business Colombia por más de 8 años, contando con una participación de 9.99% del capital suscrito.

Que durante su existencia la sociedad ha tenido cuatro representantes Legales, así:

- Camilo Vargas Malagón: Junio 2008 - Diciembre 2013
- Daniel Rojas Vargas: Enero 2013 - Marzo 2015
- Frans González: Marzo 2015 - Diciembre 2015
- Javier Blanco: Diciembre 2015 - Actualmente

Que durante toda la existencia de Smart Business Colombia S.A, la revisora fiscal de la sociedad ha sido la Señora Gina Amórtegui.

Que Daniel Francisco Rojas actuó como el Gerente General de la sociedad durante casi 3 años,

Que los demandados Carmen Teresa Zapata Barrera y el Señor Sergio Rojas Vargas, a pesar de ser

titulares de un 0.02% de las acciones de la sociedad Smart Business Colombia S.A., son los dos únicos accionistas de la sociedad GeroCa Smart Business SL, la cual tiene el 90% de la sociedad.

Que, según lo anterior, a pesar de tener un porcentaje mínimo en la sociedad, los demandados Carmen Teresa Zapata y Sergio Rojas ejercen el control de la sociedad Smart Business Colombia S.A.

Que, durante 3 años anteriores a la demanda, los demandados adoptaron decisiones relacionadas con el reparto de utilidades, préstamos a socios, capitalizaciones y han “...inferido sobre las actuaciones de los Representantes Legales de turno para obstaculizar la aceptación o no de ofertas de venta de las acciones”.

Que algunas de estas decisiones fueron tomadas de manera arbitraria y causando perjuicios a los demás accionistas. Entre las decisiones mencionadas el demandante destaca:

- Hechos relacionados con la capitalización de la empresa

Que desde su creación la participación accionaria de Smart Business Colombia S.A., ha sido la siguiente:

ACCIONISTA	ACCIONES	%
GeroCa Smart Business SL	27.000	90%
Daniel Rojas Vargas	2.997	9.99%
Sergio Andrés Rojas Vargas	1	0.02%
Carmen Zapata Barrera	1	0.02%
Olga Lucia Vargas de Rojas	1	0.02%
TOTAL	30.000	100%

Que los accionistas de la sociedad acordaron hacer una “capitalización temporal” por parte del socio mayoritario.

Que en razón a la mencionada “capitalización temporal”, los accionistas acordaron que al cabo de unos

meses se repondría la capitalización con el fin de no diluir la participación accionaria de los demás accionistas.

Que a pesar de lo anterior dicho acuerdo nunca se cumplió, y que, una vez realizada la capitalización, los accionistas controlantes se negaron a recomponer el capital social, lo cual causó la dilución de la participación accionaria del demandante y los demás socios minoritarios.

Que pasados unos meses el demandante propuso reestablecer los porcentajes accionarios según lo acordado, y en su calidad de Gerente General encomendó la tarea de ajustar las respectivas cuentas con los socios mayoritarios para volver a la participación accionaria inicial.

Que los accionistas demandados se negaron a realizar dicho ajuste, quedando diluida la participación de los accionistas minoritarios.

Que por exigencia de los “accionistas controlantes” no se llevaron a cabo los procedimientos necesarios para la correcta capitalización de la compañía, esto es, *“la reforma estatutaria y la inscripción en libros”*. Que para la mencionada capitalización tampoco se presentó a los accionistas con una oferta para la suscripción de acciones, que les permitiera la oportunidad de mantener su porcentaje accionario.

Que en resumen las omisiones en que incurrieron los demandados en relación con la “capitalización temporal” fueron las siguientes:

- “Convocatoria a reunión de la Asamblea General de Accionistas con la antelación legal y estatutaria y orden del día.”
- “No se realizó ninguna asamblea de accionistas por lo tanto no hubo el quorum ni las mayorías necesarias para la adopción de la capitalización, así como de la aprobación de los términos del reglamento de colocación de acciones (Art. 68 Ley 222 de 1995).”
- “En razón a lo anterior no se presentó un reglamento de colocación de acciones que cumpliera con los términos establecidos en el mismo.”

- “En la ausencia de reglamento y asamblea se privó a los accionistas minoritarios en especial a EL DEMANDANTE de participar en la toma de decisiones y proponer una oferta de compra de acciones con el fin de no diluir su participación accionaria.”
- “Por lo tanto, los controlantes de la sociedad simplemente ordenaron la emisión de unas acciones a su favor ni cumplir con los requisitos legales. Siendo atendida la solicitud por la contadora del momento, posteriormente EL DEMANDANTE cuestiono la ejecución y empezó a exigir la recomposición accionaria original. Carmen Zapata y Sergio Rojas manifiestas cierto interés en hacer los ajustes para volver a la composición accionaria original, pero dilatan el tema continuamente y nunca lo hacen. Afectando a los socios minoritario que se veían afectados por la operación”.

Que en el acta No. 001 de la sociedad, en la cual se registró la “capitalización temporal” se menciona que están el 100% de los reunidos, a pesar de que la señora Olga Vargas de Rojas no estuvo presente.

- Hechos relacionados con el pago de dividendos de ejercicios anteriores.

Que, en la asamblea extraordinaria de accionistas, consignada en el acta No. 009 y celebrada el 24 de Septiembre de 2015, los socios controlantes Sergio Rojas y Carmen Zapata obrando a nombre propio y de GeroCa Smart Business SL se reusaron a hacer la repartición de dividendos de ejercicios anteriores, en contraposición del socio minoritario Daniel Rojas, quien solicitó tal repartición.

Que los accionistas demandados argumentaron que en el pasado no se repartieron dividendos por decisión de la asamblea de accionistas, y que era su intención no repartir utilidades para tener estados financieros “más sólidos”, que los posicionara mejor ante el sistema financiero.

Que a pesar de lo anterior, los balances de Smart Business Colombia muestran que la sociedad no tiene un pasivo considerable, por lo cual, según el demandante, no es de recibo el argumento de los accionistas demandados.

De igual manera en la proyección de la compañía no se está pensando en realizar una inversión o creación de un nuevo proyecto productivo para la compañía que genere más recursos, por lo tanto, no es necesario mantener las utilidades en reserva. Más cuando existe un contrato de prestación de servicios que le permite a los accionistas Sergio Rojas y Carmen Zapata descapitalizar la empresa.

Que pese a la insistencia por parte de los accionistas minoritarios Olga Lucia Vargas de Rojas y Daniel Rojas Vargas, los "socios controlantes" no han aprobado el reparto de utilidades "...aduciendo razones que no tienen sustento y causando un perjuicio a los minoritarios".

- Hechos relacionados con la oferta de venta de las acciones.

Que el demandante ha manifestado su intención de vender las acciones que este tiene de la sociedad Smart Business Colombia S.A., esto es, DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (2.997) acciones que, de conformidad con la alegada nulidad de la "capitalización temporal", deberían ser equivalentes al 9.99% de las acciones suscritas de la sociedad.

Que el 6 de octubre de 2015, mediante comunicación enviada por correo certificado, Daniel Rojas Vargas puso en conocimiento del señor Frans González, representante legal de la sociedad Smart Business Colombia S.A. para la época, su intención de vender la totalidad de su participación accionaria en la citada sociedad.

Que el demandante además solicitó que esta intención fuera comunicada a todos los socios, con el fin de que estos ejercieran el derecho de preferencia consagrado en los estatutos de la sociedad.

Que junto con la comunicación mencionada, el demandante presentó una oferta de compra de la totalidad de las acciones ofrecidas, oferta hecha por la señora Olga Lucia Vargas de Rojas, también accionista de la sociedad Smart Business Colombia S.A.

Que el 19 de octubre de 2015 la señora Olga Lucia Vargas de Rojas reiteró su oferta para la adquisición

de la totalidad de las acciones de propiedad del demandante en la citada sociedad.

Que el 26 octubre de 2015, (13 días hábiles después de presentada la oferta de venta de acciones), el demandante recibió una comunicación del señor Frans González, en la cual presentan este brindaba información respecto del trámite que debía surtir para efectos de cumplir con el derecho de preferencia, e indicando que aún no se ha iniciado dicho trámite.

Que *"la comunicación descrita en el numeral anterior pone de presente que no se entendió el procedimiento estatutario ni los términos tal y como lo consagra el artículo décimo octavo de los Estatutos Sociales"*, según los cuales dice el demandante: *"...el Gerente dará, en el plazo de cinco (5) días, traslado de dicha comunicación a los accionistas por medio de correo certificado."*

Que en respuesta a la comunicación del representante legal de Smart Business Colombia S.A., el demandante envió una aclaración de la oferta de venta de las acciones el 29 de octubre de 2015, con el fin de que esta fuera puesta en conocimiento de los demás accionistas.

Que en esta misma comunicación, el demandante valoró las acciones ofrecidas, junto con la posibilidad de percibir dividendos por los quince años siguientes según oferta de compra de la señora Olga Lucía Vargas de Rojas, en u DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES, SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS COLOMBIANOS (\$293.685.000).

Que el 2 de noviembre en donde los accionistas GeroCa Smart Business, Sergio Rojas y Carmen Zapata enviaron una comunicación en la cual acusaron recibo de la comunicación aclaratoria mencionada, y manifestaron:

- Su interés en adquirir las acciones *"pero no igualan y mucho menos superan la oferta de la señora Olga Lucia Vargas de Rojas, solo dicen estar de acuerdo con una fracción de la oferta y desestiman la totalidad de la oferta."*
- No estar de acuerdo con el pago de dividendos a futuro, y solicitan desistir de esta estipulación.

- Su desacuerdo respecto al valor fijo de \$293'685.000, dicen que no están de acuerdo y que se debe seguir el procedimiento de los estatutos cuando no hay acuerdo entre las partes.

Que el 11 de noviembre de 2015, Daniel Rojas envió una comunicación aclarando el alcance de su oferta.

Que el 11 de diciembre de 2015, el señor Frans González manifestó haber enviado la aclaración de la oferta hasta el día 2 de diciembre, argumentando estar de vacaciones.

Que dicha comunicación no se envió por correo certificado, y que además fue enviada por Frans González, quien para esa fecha ya no ostentaba la condición de Representante Legal de Smart Business. Que tanto el demandante como la señora Olga Lucía Vargas solicitaron que se registrara la venta de las acciones, argumentando que ya se había surtido el procedimiento necesario para agotar el derecho de preferencia.

Que esta solicitud que fue negada *“por solicitud de los socios controlantes”*, y que esto generó perjuicios al demandante.

Que el 16 de diciembre de 2015 el demandante recibió una comunicación de parte de GeroCa Smart Business SL, Sergio Rojas y Carmen Zapata indicando lo siguiente:

- Que estaban interesados en la compra de acciones ofrecidas en comunicación del 6 de octubre de 2015.
- Que estaban interesados en adquirir las acciones en los términos señalados en la aclaración de la oferta del 26 de octubre de 2015.
- Que no están de acuerdo con el precio de las acciones ofrecidas, y que es necesario designar peritos para que determinen el precio de la acción.

Que todo lo anterior es prueba de que los demandados no ejercieron su derecho de preferencia dentro del término fijado por los estatutos, pues *“...se tomaron 37 días para enviar una comunicación, dado que*

según estatutos se tienen 5 días del representante legal para dar a conocer la información a los demás socios y 30 días para que los socios manifiesten su oferta, es claro que se encuentran por fuera de los términos y condiciones estatutarias para que se puedan tener en cuenta sus ofertas.”

Que además, “...los socios están en capacidad de aceptar o rechazar la oferta en caso de no estar de acuerdo con las condiciones de la venta, más no a buscar modificar dicha oferta a su antojo y menos cuando uno de los accionistas manifestó estar de acuerdo con la oferta de venta y accedió a comprar las acciones en las condiciones expuestas.”

Llama la atención que la socia Carmen Zapata pudiese desconocer de la aclaración de la oferta, debido a que se envió la carta al representante legal o a quien hiciera sus veces, y según el certificado de existencia y representación legal de Smart Business Colombia, la señora Zapata es la suplente del Gerente que obra en ausencia del mismo, como es el caso de las vacaciones del señor González. De otra parte, los términos que establecen las disposiciones estatutarias para que se presenten las ofertas son perentorios e improrrogables y el procedimiento que han aplicado los socios controlantes no se encuentra consagrado en los estatutos sociales.

Que producto de las “arbitrariedades y malos manejos por parte de los accionistas controlantes”, el demandante fue despedido sin justa causa.

- Hechos relacionados con el pago de préstamo de socios.

Que como resultado de la asamblea de accionistas que quedó consignada en el acta No. 009, el socio Daniel Rojas pidió al representante Legal de Smart Business Colombia, el señor Frans González, que se le reconociera el pago de los valores históricos contenidos como deuda a socios a su favor.

Que además solicitó que el pago se hiciera a la misma tasa de interés que se les reconozca a los demás accionistas, dado que no se pactó por escrito ni verbalmente por parte de ningún socio tasa de interés alguna.

Que el demandante también solicitó la aclaración de los pagos generados a la deuda socios, *"...debido a que en históricos de libros contables figuraba una deuda de \$3'702.766 (más intereses) y solo generaron un pago de \$1'523.511"*.

Que frente a esta comunicación el demandante nunca obtuvo una respuesta formal.

- Hechos relacionados con el contrato de prestación de servicios al extranjero.

Que actualmente existe un contrato de prestación de servicios técnicos al exterior entre Smart Business Colombia S.A. y Geroca Smart Business SL (accionista mayoritario de Smart Business Colombia S.A).

Que en virtud en virtud de este contrato se *"...realizan actividades que el socio minoritario Daniel Rojas no puede certificar. Por lo tanto, este contrato podría constituirse en una herramienta para desviar recursos de la organización."*

Que según *"...lo visto por el socio minoritario Daniel Rojas"*, no se han cumplido con todos los requisitos exigidos por ley para la formalización de este tipo de contratos como son:

"...contar con un análisis de transferencias de una empresa seria y reconocida en el mercado colombiano y hacer el registro de este contrato ante las entidades correspondientes como la DIAN. Por lo tanto, se está prestando para desviar fondos de la compañía hacia el exterior mediante un contrato ficticio firmado entre los socios controlantes y la sociedad colombiana."

Cabe aclarar que este contrato fue firmado en su momento por Daniel Rojas bajo presión de perder su trabajo, sin embargo, EL DEMANDANTE siempre pidió que se cumpliera la normatividad y días después de la firma de este contrato fue despedido de la organización, de tal forma que no pudo cerciorarse como Representante Legal que dicho contrato se registrara ante las autoridades como es debido."

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La convocada, en la oportunidad procesal correspondiente, contestó la demanda aceptando unos hechos y negando otros, y oponiéndose expresamente a todas las pretensiones. Así mismo, formuló las siguientes excepciones de mérito:

“PRIMERA. - LA CAPITALIZACIÓN DE SMART BUSINESS COLOMBIA S.A. FUE HECHA CONFORME A LA LEY PARA ENERVAR LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN Y ESTA REGISTRADA EN EL REGISTRO MERCANTIL DESDE EL AÑO 2009, ESTANDO EN FIRME Y GOZANDO DE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD.

SEGUNDA. - CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA IMPUGNAR LA INSCRIPCIÓN DE LA CAPITALIZACIÓN SMART BUSINESS COLOMBIA S.A.

TERCERA. - LA NO REPARTICIÓN DE DIVIDENDOS CORRESPONDE A LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LA SOCIEDAD ANTE EL RETIRO DE LOS AVALISTAS QUE COMO PERSONAS NATURALES RESPALDABAN LAS OBLIGACIONES DE SMART BUSINESS COLOMBIA S.A Y LA PROVISIÓN DE LA DEMANDA LABORAL DE DANIEL FRANCISCO ROJAS VARGAS.

CUARTA. LA VENTA DE LA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA DE DANIEL FRANCISCO ROJAS NO PUEDE EFECTUARSE VIOLANDO EL DERECHO DE PREFERENCIA DE GEROCA SMART BUSINESS SL, CARMEN ZAPATA BARRERA Y SERGIO ANDRES ROJAS VARGAS.

QUINTA. - NO HAY PRUEBA NI SIQUIERA SUMARIA EN LA DEMANDA QUE ACREDITE EL PRÉSTAMO A FAVOR DE DANIEL FRANCISCO ROJAS VARGAS Y MUCHO MENOS QUE SE HUBIESEN PACTADO INTERESES. TODOS LOS CONCEPTOS QUE FIGURAN EN LA CONTABILIDAD LE FUERON CANCELADOS.

SEXTA. - EL CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA ENTRE GEROCA SMART BUSINESS SL Y SMART BUSINESS COLOMBIA S.A. CUMPLE CON TODOS LOS REQUISITOS LEGALES Y ESTÁ REGISTRADO ANTE LA DIAN.

SÉPTIMA. - NO EXISTE PERJUICIO ALGUNO EN CUANTO A LA IMPOSIBILIDAD DE EJERCER LA PROFESIÓN A DANIEL FRANCISCO ROJAS VARGAS ESTA HA EJERCIDO SU PROFESIÓN COMO REPRESENTANTE COMERCIAL DE KOMODO LATAM SAS EN DESMEDRO DE LA CLIENTELA DE SMART BUSINESS COLOMBIA S.A.”

PRUEBAS

Se recibieron los testimonios de GINA MARITZA AMÓRTEGUI RODRÍGUEZ e ISIDRO BELLO DUEÑAS.

Por su parte, el 9 de marzo de 2017 se practicó una inspección judicial sobre los libros y papeles de la sociedad Smart Business Colombia S.A.

LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

En la debida oportunidad, las partes presentaron sus alegatos de manera verbal y entregaron al Tribunal escritos en los cuales se contienen resumieron sus intervenciones.

Para resolver, **SE CONSIDERA:**

- l) En cuanto a los hechos y pretensiones relacionados con el aumento de capital de la sociedad y la participación accionaria de las partes.**

El Tribunal encuentra que las pretensiones número 1 y 2, parcialmente, así como las 4, 6 y 8 del escrito de subsanación de la demanda giran en torno a la validez de la capitalización de la sociedad Smart Business Colombia S.A. realizada en el año 2009, la cual fue decida en el marco de una asamblea del máximo órgano social. En relación con las decisiones de Asambleas de Accionistas, el artículo 189 del Código de Comercio, establece que *'las actas de la asamblea [...] será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas'*.¹ En consecuencia, la parte que intente controvertir la veracidad de un acta del máximo órgano social tiene la carga probatoria.

¹Sentencia Superintendencia de Sociedades. S. 801-86 del 22 de diciembre de 2014.

Evaluated las pruebas del proceso, el Tribunal no encontró elementos de juicio que lo lleven a concluir que hubo alguna falsedad en las actas del máximo órgano social de SMART BUSINESS COLOMBIA S.A. Con base en las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal encuentra que la decisión de aumento de capital fue aprobada en una reunión de la Asamblea de Accionistas del 27 de febrero de 2009 (folio 150 cuaderno de pruebas), en la que participó la parte demandante, sin manifestar ningún tipo de disidencia. Igualmente encontramos que esta decisión fue inscrita en el registro mercantil el 02 de septiembre de 2009 (ver folio 216 del cuaderno de pruebas). Igualmente es evidente que el demandante no impugnó las decisiones del máximo órgano social en el término previsto por el artículo 191 del Código de Comercio para el efecto, esto es, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que la decisión fue adoptada o se surtió la inscripción el registro mercantil, por lo que ha operado la caducidad y en consecuencia se encuentra cerrada la posibilidad de atacar la determinación a que haya lugar sobre tales decisiones. Al respecto dice el artículo 382 del Código General del Proceso:

“Artículo 382. Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios.

La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.

En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.

El auto que decreta la medida es apelable en el efecto devolutivo.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal encuentra que ha operado la caducidad de la acción y en consecuencia no el Tribunal no estudiará más los hechos y pretensiones relacionados con el aumento de capital de la sociedad del año 2009.

Finalmente, el Tribunal advierte que, según los hechos relatados en la demanda, en este caso podrían haberse configurado los presupuestos de ineficacia a los que se refiere el artículo 190 del Código de Comercio. Sin embargo, teniendo en cuenta que la declaratoria de ineficacia no hizo parte de las pretensiones del demandante, el Tribunal se abstendrá de estudiar a fondo este asunto.

II) En cuanto a la situación de subordinación de la sociedad SMART BUSINESS COLOMBIA S.A.

En la pretensión número 2, el demandante solicita que se declare que la señora Carmen Teresa Zapata Barrera y el Señor Sergio Rojas Vargas ostentan indirectamente el control de la sociedad SMART BUSINESS COLOMBIA S.A. al ser los únicos accionistas de GEROCA SMART BUSINESS SL, que a su vez cuenta con más del 50% del capital social.

Frente a esta pretensión el Tribunal encuentra que existen indicios que lo llevan a concluir la veracidad de los hechos que sustentan esta pretensión. En primer lugar, este hecho no fue controvertido por la parte demandada por lo que existe una presunción de veracidad, la cual es reforzada por la revisión de los documentos que obran en el expediente, tales como correos electrónicos que dan cuenta del poder de decisión que ostentan los señores Carmen Teresa Zapata Barrera y Sergio Rojas Vargas sobre la sociedad extranjera.

En este orden de ideas el Tribunal considera que existen indicios suficientes para declarar que los señores Carmen Teresa Zapata Barrera y Sergio Rojas Vargas ejercen el control de la sociedad SMART BUSINESS COLOMBIA S.A. por intermedio la sociedad GEROCA SMART BUSINESS SL., sociedad que desde el momento de la constitución de la sociedad colombiana ha poseído más del cincuenta por ciento (50%) del capital y han configurado la mayoría mínima para la toma de decisiones.

Dicho lo anterior, pasamos a examinar los fundamentos que dan lugar a la pretensión número 3, y parcialmente las pretensiones 6, 7 y 8 del escrito de corrección de demanda, en la que se solicita que se declare que las decisiones de los accionistas Carmen Teresa Zapata Barrera y Sergio Rojas Vargas

se han hecho abusivamente o en perjuicio de los socios minoritarios y en particular en contra del demandante.

En síntesis, se podría decir que las anteriores pretensiones se fundamentan en el supuesto ejercicio abusivo del derecho de voto, teoría que cada vez cobra más vigencia en el derecho societario colombiano y que sostiene que *'los accionistas mayoritarios no pueden ejercer sus derechos de voto para satisfacer sus intereses personales (en lugar del interés social), en detrimento de los demás accionistas'*.² Si bien es cierto, el Tribunal comparte que esta es una acción de suma importancia para prevenir que los accionistas mayoritarios tomen decisiones en perjuicio de los accionistas minoritarios, sobre todo cuando las decisiones no favorecen el interés social. Esta teoría no desconoce la ley de las mayorías propias de nuestro régimen societario.

El Tribunal no encontró evidencia que sustente la declaratoria de la pretensión 6 sobre la supuesta obstaculización para que el demandante no pudiera participar en la capitalización de la sociedad.

En cuanto a la no repartición de utilidades de que trata la pretensión 7, si bien es cierto que uno de los elementos esenciales del contrato social es repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad, encuentra el Tribunal que el demandante por años votó aceptando el no reparto de utilidades. Igualmente se resalta que el demandante nunca impugnó oportunamente las decisiones de no reparto de utilidades, por lo que también ha operado la caducidad frente a las decisiones tomadas en tales asambleas.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que a solicitud de la parte demandante el Tribunal decretó una medida cautelar en la que condicionó el reparto de dividendos de los ejercicios en discusión a la aprobación del 100% de los accionistas y que se presentó al Tribunal el acta 012 de 2017, que demuestra que se procedió a la repartición de dividendos con la aprobación del 100% de los

² PH Conac, L Enriques y M Gelter, Constraining Dominant Shareholders' Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy (2007) ECGI Working Paper No. 88, 13. Citado en Auto de la Superintendencia de Sociedades A. 800-8157 del 9 de junio de 2015.

accionistas, entiende el Tribunal que con esta decisión de la asamblea de accionistas se agotó la materia para decidir en relación con el no reparto de utilidades de ejercicios en disputa.

Como consecuencia de lo considerandos en los acápites anteriores el Tribunal no cuenta con fundamentos para decretar lo solicitado en la pretensión número 8, 9 y 16.

III) En cuanto a la venta de acciones y al agotamiento del derecho de preferencia

En relación con los hechos sobre la venta de acciones del demandante y el agotamiento del derecho de preferencia contenido en el artículo décimo octavo de los estatutos sociales. El Tribunal encuentra que, en el cuaderno de pruebas, específicamente en los folios 303 – 312, existe evidencia de que se ha adelantado el procedimiento establecido en los estatutos para el ejercicio del derecho de preferencia, y que al efecto todos los accionistas han manifestado su interés en adquirir las acciones ofertadas por el señor Daniel Francisco Rojas Vargas.

En cuanto a las alegaciones sobre extemporaneidad para pronunciarse sobre el derecho de preferencia, el Tribunal no ha encontrado evidencia al respecto y por el contrario considera que hay pruebas suficientes para declarar que cada uno de los accionistas tiene derecho a adquirir las acciones ofertadas en el mismo porcentaje de participación que tienen en la sociedad.

Igualmente es claro que las partes no han logrado un acuerdo frente al precio de venta de acciones, por lo que deberán acudir al mecanismo estatutario definido en el contrato social de SMART BUSINESS COLOMBIA S.A. Esto es: *“por perito designados por las partes o, en su defecto en la forma indicada en el artículo 407 del código de comercio”* (ver folio 42). De acuerdo con lo anterior, y en consideración al tiempo transcurrido desde el momento de la oferta, entiende el Tribunal encuentra que las partes no tienen la intención de designar un perito de común acuerdo, por lo que están en libertad de acudir al Despacho del Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades a efectos de que designe el perito que fije el precio de las acciones (artículo 18 numeral 4 Decreto 1023 de 2012)

Con base en los anteriores fundamentos el Tribunal decidirá las pretensiones 10, 11, 12 y 13.

IV) Deudas a favor del demandante

En cuanto a la pretensión número 14 el Tribunal observa que a folio 142 del cuaderno de pruebas, en el Acta 09 de 24 de septiembre de 2015, se perfeccionó el contrato de compraventa de los equipos por un valor de 7.900.000 acta y a folio 213, se observa un pago por valor de 1.523.011. Adicionalmente el demandante reconoce que se le han hecho otros abonos al pago de esta deuda y que el saldo a la fecha es por \$ 4.014.617. Por su parte la parte demanda no proporcionó prueba del pago de este saldo, ni se pronunció sobre la misma por lo que se presume que acepta los hechos que dan lugar a esta pretensión.

En cuanto a los supuestos préstamos realizados por el demandante a favor de la sociedad, el Tribunal considera que el demandante no cumplió la carga de probar que los mismos se hubieran realizado.

V) Contrato de prestación de servicios técnicos.

Observa el Tribunal que conforme a lo probado en el proceso, el citado contrato se encuentra registrado ante la DIAN (Folios 385-391 del cuaderno de pruebas).

En cuanto a los supuestos perjuicios causados al demandante el Tribunal no encontró evidencia de los mismos durante el transcurso del proceso.

En mérito de lo anterior el Tribunal:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR parcialmente la pretensión número 1 del escrito de corrección de demanda en el sentido de que el señor DANIEL FRANCISCO ROJAS VARGAS es accionista de sociedad SMART BUSINESS COLOMBIA S.A. y puede ejercer sus derechos.

SEGUNDO: DECLARAR la pretensión número 2 del escrito de corrección de demanda.

TERCERO: NEGAR parcialmente la pretensión número 1 del proceso, en cuanto al porcentaje de participación del demandante en la sociedad SMART BUSINESS COLOMBIA S.A.

CUARTO: NEGAR las pretensiones declarativas y de condena 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17 Y 18 formuladas por el señor DANIEL FRANCISCO ROJAS VARGAS. en la demanda que originó el presente proceso.

QUINTO: DECLARAR la pretensión número 14 del escrito de corrección de demanda, en el sentido que Smart Business Colombia adeuda al señor DANIEL FRANCISCO ROJAS VARGAS la suma de \$4.014.671 y en consecuencia se ordena pagar esta suma, con la correspondiente corrección monetaria.

SEXTO: DECLARAR que respecto de la acción de impugnación de las decisiones que constan en las actas No. 001 y 009 de la asamblea general de accionistas de la sociedad Smart Business Colombia S.A. ha operado el fenómeno de la caducidad.

SÉPTIMO: Abstenerse de condenar en costas y agencias en derecho.

OCTAVO: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes y copia simple con destino al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOVENO: DISPONER que se haga entrega a la señora Árbitro único y al Secretario del saldo de honorarios, correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas ordenadas por el Tribunal.

DÉCIMO: En firme este laudo, archívese el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, entidad que podrá expedir copias y autorizar desgloses.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NATALIA MORENO PRIETO
Árbitro único


MARTÍN VÁSQUEZ ESCOBAR
Secretario